

VU Research Portal

Tussen recht en vrede

Allewijn, D.

2018

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Allewijn, D. (2018). *Tussen recht en vrede: Mediation in de responsieve rechtsstaat*. SDU Uitgeverij.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl



Tussen recht en vrede

Mediation in de responsieve rechtsstaat

Dick Allewijn

Sdu

oprecht
de beste
keuze

Tussen recht en vrede
Mediation in de responsieve rechtsstaat

Tussen recht en vrede

Mediation in de responsieve rechtsstaat

Inaugurele rede

Uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van
bijzonder hoogleraar Mediation
aan de Vrije Universiteit Amsterdam*

Op vrijdag 23 maart 2018

door

Prof. mr. D. Allewijn

Nadere informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice
Postbus 20025
2500 EA Den Haag
tel.: (070) 37 89 880
fax: (070) 37 89 783

© 2018, Sdu Uitgevers bv, Den Haag

Omslag ontwerp: Caroline de Lint, Voorburg (caro@delint.nl)
Afbeelding omslag: De ark van Noach, *Jacques Callot*, 1646. Ets op papier. Rijksmuseum Amsterdam

ISBN: 978 9012 40239 2

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden. Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Inhoudsopgave

Inleiding / 7
De vele gezichten van mediation / 9
Hoe juristen naar mediation kijken / 13
Verschillen in paradigma's / 15
Aanvaarding van mediationparadigma's in het juridisch domein / 17
De transformatie richting responsieve rechtsstaat / 20
Toernooimodel / 23
Wat rechters van mediators kunnen leren / 26
De jurist van de toekomst / 27
De mediator van de toekomst / 28
Slot / 28
Waarom een Leerstoel Mediation? / 30

Inleiding

Mijnheer de rector, dames en heren,

Mediation kan zich bijvoorbeeld in de volgende gedaante voordoen. Een verkeersslachtoffer en de verzekeraar van zijn wederpartij onderhandelen over het uit te keren bedrag. Deze onderhandelingen, die meestal door de juristen van beide kanten gevoerd worden, lopen vast. De juristen zoeken een advocaat-mediator uit. Deze verdiept zich in het dossier, stuurt op voorhand de MfN-standaardovereenkomst met reglement en gedragsregels aan partijen toe, en trekt er met partijen een dag voor uit om tot een oplossing te komen. Die dag begint met een introductie waarin partijen en de mediator met elkaar kennismaken, een informatiefase (wat is er gebeurd, wat moet er worden opgelost), aparte sessies waarin wensen en mogelijkheden, kansen en risico's worden geïnventariseerd, terugkoppeling in een gezamenlijke sessie, misschien nog eens een rondje aparte sessies en een plenaire terugkoppeling, en de afronding, meestal in de vorm van ondertekening van een vaststellingsovereenkomst.¹

Voor juristen is dit een begrijpelijk proces. Het slachtoffer doet zijn verhaal, misverstanden en irritaties worden uit de weg geruimd, en zo ontstaat een onderhandelingsklimaat. In de aparte gesprekken doet de mediator aan beide zijden wat massagewerk, gebruikmakend van zijn kennis van het dossier en van het toepasselijke recht. Een kansrijk traject: het artikel waaraan ik mijn kennis hierover ontleen, noemt een succespercentage van 88. Altijd zo doen, zou je zeggen, maar helaas wordt dit traject vaak pas in werking gezet na maanden of jaren van vruchteloze en escalerende briefwisselingen en/of procedures. Het traject lijkt een beetje op een schikkingstraject bij de rechtbank, maar er zijn ook verschillen: de rechtbank mag geen afzonderlijke gesprekken met partijen houden; in plaats daarvan stuurt de rechter partijen en hun juridisch adviseurs naar de gang, eveneens in verschillende ronden. Komen partijen er niet uit, dan wijst de rechtbank vonnis. Dat kan de mediator niet doen. Waarom eigenlijk niet? De mediator waarover we het hier hebben, kent het dossier en het toepasselijke recht, en geniet het

1 J.M. van de Laar, 'Ervaringen van een mediator in letselschadezaken', *Verkeersrecht* 2010, nummer 5, p. 133 e.v. Zie over de effectiviteit van zakelijke mediations '*in the shadow of the law*' ook nog: Wissler & Weiner, 'How do mediator actions affect mediation outcomes?', *Dispute Resolution Magazine*, nr. 24, 2017, p. 26 e.v. Zie ook Claire Mulder, 'Commercial mediation. The United States and Europe, the view through practitioner's eyes', in hetzelfde nummer. Zij neemt waar dat in zakelijke mediations door inhoudelijk meedenkende mediators, waar advocaten aan deelnemen, vaak wordt begonnen met openingsstatements die tot escalatie leiden, en dan worden getackeld door over te schakelen op afzonderlijke gesprekken.

vertrouwen van partijen. Hij kan dus uitspraken doen over hetgeen rechtens is, informeel, om de onderhandelingen te beïnvloeden (er is dan sprake van zogeheten evaluatieve mediation), of formeel, omdat partijen hem vragen als bindend adviseur op te treden. Niets op tegen, mits daarover van tevoren helder is gecontracteerd.²

Nogmaals: dit is mediation zoals juristen die kennen en waarderen. Het is: ‘alternatieve geschillenbeslechting’ waarin de juridische sfeer op het oog niet hoeft te worden verlaten, en waarin toch een aantal voordelen wordt behaald boven het concept rechtszaak (de escalerende stukkenwisseling voorafgaande aan een rechtszitting wordt vermeden of beëindigd, partijen zitten om tafel met het uitdrukkelijk uitgesproken commitment om de zaak al onderhandelend tot een oplossing te brengen, partijen, althans de door hen vertrouwde juridisch adviseurs, hebben de begeleider van hun onderhandelingen zelf uitgekozen). Het *Handboek Mediation* vindt dit soort *dealmaking* eigenlijk geen echte mediation. “Gegeven het soms sterk verjuridiseerde kader waarin het zich afspeelt, verliest mediation zo haar karakter van een informeel, creatief besluitvormingsproces over de kwesties die partijen werkelijk bezighouden,” en het is de vraag “of evaluatieve mediation nog wel mediation genoemd kan worden”.³ Die vraag beantwoord ik trouwens volmondig bevestigend, althans in de Nederlandse context waarin de vrijwilligheid van dit proces buiten kijf staat.⁴

Mediation kan zich ook in de volgende gedaante voordoen. Tussen twee bewoners van hetzelfde portiek, die vroeger goed met elkaar overweg konden, zijn irritaties ontstaan over het schoonhouden van de gemeenschappelijke ruimte. Als het zo hoog is opgelopen dat er fysiek geweld dreigt, wenden zij zich tot een mediator. De mediator stelt zich non-directief op. Hij legt geen communicatieregels op, verwelkomt stemverheffingen en andere emotionele uitingen, en let goed op hoe partijen met (aanvankelijk: tegen) elkaar praten. Komen er momenten waarop partijen uit hun slachtofferpositie en in hun kracht komen, dan zet de mediator die momenten in het zonnetje (*empowerment*). En zijn er momenten waarop een partij de ander als gesprekspartner erkent, dan merkt de mediator ook die momenten (*recognition*). Als partijen aldus in hun kracht komen, en elkaar als gesprekspartners erkennen, is hun tijdelijke onbekwaamheid, veroorzaakt door de conflictescalatie, opgeheven, en kunnen zij, als zij dat willen, op hun manier werken aan een harmonieuzere verhouding, hun relatie herstellen, en oplossingen bedenken.⁵ Partijen leggen, kortom, hun ruzie bij.

Voor juristen is deze benadering ver van hun bed. Zij zullen haar niet beschouwen als een vorm van alternatieve geschillenbeslechting. Als ze het idee krijgen dat zij in dit soort processen een rol zouden moeten spelen, dan willen zij nog wel eens defensief

2 Zie Bas van Zelst, ‘De toelaatbaarheid van Med-Arb naar Nederlands recht. Over het niemandsland tussen mediation en arbitrage’, *NJB* 2018, p. 604 e.v.

3 Prein in *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu, 2017 (zesde herziene druk), p. 275.

4 Prein fundeert zijn evaluatie van deze evaluatieve mediation op Amerikaanse voorbeelden en literatuur. In Amerika wordt dit soort mediations uitgeoefend door magistraten, en die hebben kennelijk macht om druk op partijen uit te oefenen. In Nederland wordt ook deze vorm van mediation uitgeoefend door daartoe opgeleide professionals, de zogeheten legal mediators.

5 De zogenoemde transformatieve mediation, *Handboek Mediation*, p. 288 e.v.

reageren. ‘Ik ben geen psycholoog’ of: ‘Ik ben geen maatschappelijk werker’ zijn dan de meest gehoorde zinnnetjes.⁶

U begrijpt het, in deze voordracht wil ik de verhouding tussen recht en mediation beschouwen. Daartoe is aanleiding, nu de VU, het Centrum voor Conflictthandling en de Mediatorsfederatie Nederland een bijzondere leerstoel mediation aan de juridische faculteit hebben gevestigd. Recht en mediation hebben in het verleden een spanningsvolle relatie met elkaar onderhouden. Is de instelling van de leerstoel een teken van ontspanning? In een verkenning van die vraag ga ik eerst nader in op het verschijnsel mediation in de Nederlandse context, dan op ontwikkelingen in het juridisch domein, waarna ik eindig met de vraag welke boodschap recht en mediation anno 2018 aan elkaar hebben.

De vele gezichten van mediation

De kern van mediation is in mijn ogen als volgt. Ten minste twee personen en/of instanties zoeken een oplossing voor een gezamenlijk probleem, maar het lukt hen niet die te vinden, hoewel het op het oog een oplosbaar probleem is. Dat kan dus het vaststellen van de te vergoeden letselschade zijn, of de vraag wie op welk moment de gemeenschappelijke ruimte schoonmaakt. Dan schuift er een neutrale derde zonder beslissingsmacht aan. Door diens bemoeienis wordt de kans groter dat het de betrokkenen lukt om het probleem wel op te lossen. Die neutrale derde zonder beslissingsmacht is de mediator, datgene wat hij doet is mediation.

Waardoor lukt het de betrokkenen in aanwezigheid van de mediator wel om het probleem op te lossen, waar het hen zonder diens begeleiding niet lukte? Soms is die enkele aanwezigheid al het geheim van de smid. Met ‘vreemde ogen’ erbij gedraagt men zich anders. Maar meestal moet de mediator aan het werk: hij doet interventies. Hij gaat met zijn gedrag het gedrag van zijn cliënten beïnvloeden. Het wezen van mediation is gedragsbeïnvloeding. Het op wetenschappelijke wijze bestuderen en onderzoeken van mediation behoort dan ook primair tot de discipline van de gedragswetenschappen, meer in het bijzonder de sociale psychologie. Het *Handboek Mediation* neemt diezelfde positie in.⁷

Waarop richt de mediator zijn of haar interventies? De metafoor van de zeilboot van George Smits helpt om dit te laten zien.⁸ In die metafoor probeert een zeiler van A naar B te zeilen. Hij heeft de wind in de zeilen, maar na een uur varen stelt hij vast, kijkend naar een punt aan de horizon, dat hij geen steek is opgeschoten. Waar komt dit door? Het antwoord luidt: ‘de onderstroom’.

6 D. Allewijn, ‘Mediation en de vredeachtende ambitie van rechtspraak’, *Trema* 2006, p. 247 e.v.

7 Brenninkmeijer, *Handboek Mediation*, Den Haag 2017 (zesde herziene druk), p. 25: “Bij de opkomst van mediation is het ook van belang te onderkennen dat bij mediation een combinatie van twee disciplines een rol speelt: de juridische en de sociaalpsychologische. Mediation berust op de toepassing van sociaalpsychologische kennis, die vaak in de juridische context gebruikt wordt.” Buiten de juridische context blijft dus de sociaalpsychologische invalshoek over.

8 Deze verhelderende metafoor, ook goed bruikbaar voor mediators die met hun cliënten willen reflecteren op hun conflictgedrag, heb ik Smits in een lezing voor rechters horen gebruiken; helaas heb ik geen publicatie gevonden waarnaar ik kan verwijzen.

Zo is het ook met de personen en instanties die vergeefs proberen een probleem op te lossen. De meewind (ze hebben er beide belang bij dat het probleem wordt opgelost of uitonderhandeld) legt het af tegen de onderstroom. De bovenstroom is dan het inhoudelijke probleem. In de onderstroom zitten negatieve emoties, wantrouwen en oud zeer (samengevat: het conflict⁹). Partijen zijn dan drukker bezig met elkaar tegenwerken dan met het oplossen van hun gezamenlijke probleem of het onderhandelend overbruggen van de kloof die hen scheidt. De mediator helpt de betrokkenen om de invloed van de onderstroom te verkleinen en/of die van de meewind¹⁰ te vergroten: van ‘tegen elkaar’ naar: ‘samen tegen het probleem’. We hebben zojuist twee extremen gezien. De letselschademediator bleef grotendeels bij de bovenstroom,¹¹ de non-directieve mediator met de burens richtte zich geheel op de onderstroom. Vrijwel alle Nederlandse mediators zullen hun aandacht op beide richten. Sterker nog: het met partijen schakelen tussen de bovenstroom en de onderstroom is hun kerncompetentie. En het is juist die kerncompetentie die ik vandaag aan het juridisch domein aanbied. Wat de voornaamste focus is, hangt af van een groot aantal factoren, zoals de aard van de materie, de vraag of partijen tot elkaar in een relatie staan, de vraag of dat een relatie is waaruit zij zich desgewenst kunnen losmaken, kenmerken van de deelnemers en hun omgeving (achterbannen), urgentie, de op het spel staande belangen, de mate van vrijwilligheid van de mediation, de mate van conflictescalatie, de mate waarin de kwestie al gejuridiseerd is (een zwaar gejuridiseerd conflict laat zich ook in mediation niet meer volledig terugbrengen tot de belangentegenstelling die het oorspronkelijk was)¹², de aard van het conflict, en de vraag of de mediator niet toch op een of andere wijze macht over partijen kan uitoefenen (macht die partijen hem of haar hebben toegerekend, macht ontleend aan status of expertise (materiedeskundigheid)¹³, macht ontleend aan de context waarin hij of zij optreedt)¹⁴.

Is er sprake van een vrijwillige duurrelatie en willen partijen die voortzetten, dan zal de mediator zijn interventies primair op die relatie richten. Maar is het in feite een dwangrelatie (partijen die eigenlijk niet van elkaar afkunnen: familie, burens, VvE) dan zal een pragmatische set van afspraken vaak beter werken (buurtbemiddeling). Is in

9 Conflict hier gedefinieerd als: een tegenstelling van standpunten, belangen en/of posities, waarbij minstens een van de betrokkenen het idee heeft dat hij door de ander gedwarsboemd wordt. Giebels en Euwema, *Conflictmanagement en mediation*, Groningen/Houten 2017 (derde druk), p. 25.

10 Het woord meewind past het beste bij de metafoor van de zeilboot, maar voor het gemak zal ik in het vervolg van bovenstroom en onderstroom spreken.

11 Toch is juist de aandacht voor de onderstroom ook voor deze legal mediator de werkzame stof. Onderhandelingen lopen immers niet vast door een gebrek aan rechts- of dossierkennis, maar door een gebrek aan informatie en vertrouwen, en de miscommunicatie hieromheen (Van de Laar, a.w., p. 133). Het meelesen van het dossier en het meepraten over de juridische bandbreedte helpt in deze context kennelijk om partijen en hun juridisch adviseurs zonder al te groot gezichtsverlies in beweging te brengen.

12 Lin Adrian, ‘Affiliated Court-Connected Mediation in Danish Civil Justice. A Happy Marriage of a Strained Relationship’, in: L. Ervo & A. Nylund (Eds.), *The future of civil litigation*, Springer International Publishers 2014.

13 Zie over de invloed van materiedeskundigheid M. Brink, *Mediation en materiedeskundigheid*, BJU 2012.

14 Bijvoorbeeld ombudsbemiddeling bij de Nationale ombudsman: de ombudsbemiddelaar kan met enig gezag de behoorlijkheidsnormen van de Nationale ombudsman in het mediationgesprek inbrengen en doet dat ook.

zo'n geval sprake van een hoge escalatiegraad (vijandschap), dan kan vermindering van afhankelijkheid de aangewezen strategie zijn. Staat al vast dat partijen uit elkaar gaan, dan kan materiedeskundigheid een pre zijn (exitmediations in het arbeidsrecht, scheidingsbemiddeling onder het vFAS-contract). Gaat het niet om een exit, maar om een transformatie (van levenspartners naar gescheiden ouders), dan is een combinatie van materiedeskundigheid en relatiegerichtheid geëigend. Moet de keuze tussen scheiden of blijven nog gemaakt worden, een echte onderstroomvraag, dan zal de mediator zich voornamelijk op die vraag moeten richten. Is er sprake van een identiteitsconflict, dan zal de mediator er niet omheen kunnen zijn aandacht op de onderstroom te richten. Bij meer rationele conflicten, zoals die over de verdeling van taken of geld, zal een materiedeskundige mediator met enige statuur veelal wat kunnen meebazen met de meewind. Gaat het om ondernemers, dan zal mediation kunnen worden opgevat als begeleid onderhandelen; gaat het om overheid en burger, dan is dit onderhandelings-frame juist weer niet geëigend, omdat dat refereert aan een in dat domein onaanvaardbaar 'handjeklap'.¹⁵ Dan kan mediation beter worden aangeduid als een zoektocht naar een gezamenlijk gedragen rechtmatige oplossing.

Afhankelijk van veel factoren kiezen mediators dus in verschillende gevallen voor een verschillende aanpak. We hebben het dan nog niet eens over de verschillen in beroepsachtergrond van de verschillende mediators met de bijbehorende verschillen in overtuigingen over wat mensen beweegt.

Toch zijn er ook gemeenschappelijkheden in de aanpak van de verschillende mediators op de verschillende terreinen. Die zijn, in de Nederlandse context, samengevat in de verschillende opsommingen van kernwaarden en in het samenstel van regels dat is neergelegd in de model-mediationovereenkomst, het mediationreglement, en de gedragsregels van de Mediationfederatie Nederland. Alleen al het feit dat mediation in Nederland een beroep is dat door vrije beroepsbeoefenaren, op de markt, wordt uitgevoerd, bepaalt een groot deel van dat gemeenschappelijke. De verhouding tussen mediator en partijen is een contractuele, hun overeenkomst kwalificeert als een overeenkomst van opdracht. Daarmee is de vrijwilligheid in de Nederlandse context, zowel voor partijen als voor de mediator, een gegeven. Verder is in Nederland de faciliterende stijl hoofdregel geworden, maar binnen die stijl staat het de mediator in hoge mate vrij het proces in te richten op de manier die hem aangewezen voorkomt. Dat betekent dat binnen de faciliterende mediation allerlei aspecten uit andere modellen worden ingevlochten. Het proces is van de mediator, de inhoud is van partijen, zo staat in de model-mediationovereenkomst van de MfN. Willen partijen en de mediator het anders, dan zullen zij hun overeenkomst moeten aanpassen. Maar binnen dat proces, dat van de mediator is, kan dus van alles gebeuren.¹⁶

15 Vergelijk de brief van de minister van BZK d.d. 9 maart 2015, kenbaar uit *NJB* 2016, p. 834/835: er bestaat vrees voor een informele aanpak vanwege de associatie met 'handjeklap'.

16 Zo vermeldt het boek van Prein (red.), *Benaderingen en inspiratiebronnen van mediation* (Den Haag 2006) interventies uit de systeembenadering, de transformatieve school, de positieve psychologie, de geweldloze communicatie, de transactionele analyse, opstellingenwerk, het enneagram en de zes 'denkhoeden' van De Bono. Over de wetenschappelijke validiteit van deze instrumenten kan men zijn twijfels hebben. Aan de andere kant: alles wat partijen helpt om hun conflictgedrag los te laten, kan een effectieve mediatorsinterventie zijn.

Zoals we zagen hebben sommige acties van mediators effect op het bereiken van overeenstemming, sommige op de relatie tussen partijen, sommige op beide, en sommige geen effect. Een positief effect, zowel op het bereiken van een oplossing als op het verbeteren van de relatie, hebben:

- het verhelderen van de posities van partijen;
- aandacht voor emoties en de angst van het conflict;
- werken aan vertrouwen tussen partijen en de mediator;
- afzonderlijke intakegesprekken, mits deze gericht zijn op het vestigen van vertrouwen tussen mediator en zijn of haar cliënten, en niet op het ‘inweken’ van al tevoren door de mediator bedachte oplossingen.¹⁷

Inhoudelijke bemoeienis kan, volgens het hier aangehaalde onderzoek, goed uitwerken, maar bergt ook risico's in zich. Het houden van veelvuldige afzonderlijke gesprekken, eventueel overgaand in pendelbemiddeling, is adequaat in gevallen waarin het bereiken van overeenstemming het enige doel van partijen is, en relatieherstel in geen enkel opzicht aan de orde is.

Verder behoort tot de vaste bagage van de Nederlandse mediators de bekende zoektocht naar de belangen achter de standpunten, het verbeteren en 'opschonen' van de communicatie tussen partijen, en het vergroten van het commitment om naar een gezamenlijk gedragen oplossing te streven. In elk geval in naam gaan alle mediators uit van de autonomie van partijen. Eveneens kenmerkend is in elke benadering de procesmatige invalshoek.

De klassieke indeling in mediationstijlen spreekt van evaluatieve mediation, faciliterende mediation, transformatieve mediation en narratieve mediation. Alles overziende, bepleit ik een alternatieve indeling van mediationstijlen, namelijk enerzijds het communicatieframe (bij belang van relatiebehoud) en het settlement-frame,¹⁸ met een onderverdeling van beide frames in: *met inhoudelijke inbreng* (meedenken) en *zonder inhoudelijke inbreng* (begeleiden van onderhandelingen). Meer dan de traditionele indeling bevordert deze indeling een pragmatische, rationele benadering van mediation op basis van de vraag: wanneer welke aanpak? En zij beperkt de schoolvorming, die we in Nederland, door allerlei factoren, goeddeels achter ons hebben gelaten.¹⁹

Daarnaast zijn er nog vormen van mediation die niet onmiddellijk gericht zijn op het oplossen van een concreet probleem. Preventieve mediation, bijvoorbeeld bij beleidsvoorbereiding door de overheid, of bij ondernemers die overwegen een gezamenlijk project te starten, en vormen van herstelrecht, het gezamenlijk terugkijken op een heftige doorgemaakte kwestie.²⁰ Dat kan een misdrijf zijn, een heftig ingrijpen van het

17 Wissler and Weiner, 'How do mediator actions affect mediation outcomes?', *Dispute Resolution Magazine*, nr. 24, 2017, p. 26 e.v.

18 Zie voor dit onderscheid M. Brink, a.w., p. 123.

19 Deze indeling komt in de buurt van de indeling die Glasl leest bij Schonewille en Schonewille (boekbespreking van "A variegated landscape of Mediation" in: TC 2016, nr. 6, p. 29 e.v.) Daarin worden twee assen gehanteerd: directief/faciliterend op het proces en evaluatief/non-evaluatief op de strijdpunten.

20 Zie de overvloedige literatuur over herstelrecht in het strafrecht, maar bijvoorbeeld ook de dissertatie van Sara Stronks, *From conflict to cooperation. Exploring post-conflict interactions between police and citizens*, Tilburg 2017.

bevoegd gezag, een burgeroorlog of een oorlog tussen staten. Het bereiken van een oplossing op inhoudsniveau (bovenstroom), vooral als dat ‘op de macht’ gebeurt, kan vaak nodig, nuttig en gewenst zijn, al was het maar om bloedvergieten te voorkomen of te beëindigen. Het conflict in de onderstroom kan bij dit soort gebeurtenissen latent blijven bestaan en onder druk de kop opsteken. Die kwade kans wordt kleiner door vormen van herstel, verantwoording en verzoening.

Hoe juristen naar mediation kijken

Hoe kijken juristen naar mediation? Juristen zijn uiteraard het meest vertrouwd met de bovenstroom. Juridiseren houdt nu juist in het ontdoen van een conflict van zijn emotionele lading, het transformeren van het conflict in een geschil op inhoudsniveau, een welles-nietes zo men wil, opdat de standpunten kunnen worden beargumenteerd en het geschil door een derde, met behulp van geldend recht, kan worden beslecht. Een heilzame transformatie, zoals we straks, als we het over de rechtsstaat gaan hebben, nog zullen zien. Vanuit het juridisch denkkader wordt de aandacht eerder gericht op het *dispuut* dan op het *disputeren*.

Een broer en een zus krijgen ruzie over de verdeling van de aandelen in het familiebedrijf. Ze gaan naar hun juristen en die maken er een aandeelhoudersgeschil van dat ter beslechting aan de rechter kan worden voorgelegd. De juristen kunnen het feit dat partijen broer en zus zijn weglaten. Dat feit is voor de beslechting van het geschil immers niet van belang, de zaak ligt gelijk als het om twee willekeurige individuen gaat. Toch zullen de meeste rechters op zitting informeren naar de impact van het geschil op de familierelatie. Dat lijkt vanzelfsprekend, maar dat is het toch niet helemaal.²¹ De rechter betreedt op die manier de onderstroom, en daar geeft de juridische discipline hem geen houvast. Wat als partijen hem geen antwoord willen geven? Of heftig geëmotioneerd raken? Of elkaar rechtstreeks gaan aanspreken?²² De meeste Nederlandse rechters laten zich door dat gebrek aan houvast niet weerhouden. Zij weten dat het blootleggen van de angel van het conflict ervoor zorgt dat partijen zich beter gehoord en gezien weten, en dat maakt dat zij mogelijk in beweging komen (schikkingsbereidheid) of het oordeel van de rechter beter kunnen aanvaarden, ook als het tegenvalt. Overigens is het feit dat in de Nederlandse rechtspraak de schikkingscomparitie tot het repertoire behoort er mede oorzaak van dat mediation, toen dat eind vorige eeuw werd geïntroduceerd, in het juridisch domein niet erg aansloeg.

Bij de vraag hoe de juridische instituties tegen mediation aankijken, blijken, als het over de civiele rechtspraktijk gaat, drie factoren van belang: is juridisering van conflicten de normale manier van probleemoplossing? Ontbreekt in de juridische procedure de mogelijkheid van een schikking? En: bestaan er grote achterstanden bij de behandeling van rechtszaken? Bij drie keer ‘ja’ is de kans groot dat de juridische wereld mediation omarmt.

21 Het werd op een symposium van de ZAM (vereniging van zakelijke mediators) d.d. 21 september 2017 als een markant feit naar voren gebracht.

22 Traditionele interventies: het glaasje water en ‘praat u maar tegen mij’.

Deze factoren verklaren waarom mediation als alternatief voor rechtspraak in de Verenigde Staten zo goed kon aanslaan, veel meer dan in Nederland. Het bijleggen van conflicten is in de Amerikaanse ‘low-trust-samenleving’ kennelijk veel minder voor de hand liggend dan in polderland Nederland. De transformatie van een conflict naar een juridisch geschil ligt in Amerika (*sue society*) dan weer meer voor de hand dan bij ons, en het Nederlandse procesrecht kent de mogelijkheid van een comparitie, gericht op het bevorderen van een minnelijke regeling; de Nederlandse rechters stellen er een eer in om hun zaken in een schikking te laten eindigen, en er zijn wel achterstanden, maar in vergelijking met die in andere landen vallen ze, op de keper beschouwd, wel mee.

Mediation sloeg als alternatief voor de civiele rechtsgang dan ook niet onmiddellijk aan toen zij vanuit de Verenigde Staten in Nederland werd geïmporteerd.²³ ‘Rechters moeten niet mediaten,’ werd de heersende opvatting. En dat is sindsdien zo gebleven.²⁴ Dat de rechtspraak mediation niet in- maar uitsloot, heeft vergaande consequenties gehad voor de manier waarop mediation zich hier te lande heeft ontwikkeld. In landen waar de rechtspraak mediation heeft ingesloten, is de gerechtelijke mediation vaak een parajuridische bezigheid gebleven, uitgeoefend door juristen, veelal oud-rechters of ervaren advocaten, die binnen de context van de juridische paradigma’s bleven. In de Verenigde Staten worden de woorden *conciliation* (wij zouden zeggen ‘schikking’) en *mediation* vrijwel als synoniemen gebruikt, terwijl wij in Europa een duidelijk onderscheid maken tussen een proces dat door een magistraat wordt begeleid (schikking) en mediation die wordt uitgeoefend door daartoe opgeleide professionals met een breed scala aan disciplines.²⁵

Niet dat de rechtspraak verder helemaal geen belangstelling had voor mediation. Integendeel. Een succesvol verwijsproject kwam tot stand onder de alleszins passende naam ‘Mediation naast rechtspraak’, in welk kader in Arnhem een stafbureau werd gevestigd, en bij alle gerechten een verwijsvoorziening werd ingericht. Er werd verwezen naar buiten de rechtspraak staande mediators, en dat betekende dat de verwijzende rechters niet anders konden dan de vrijwilligheid van mediation respecteren. Voor succesvol verwijzen werd het nodig dat rechters leerden om rechtszoekenden niet met dwang en drang naar de mediator te sturen, maar om hen daar, met gebruikmaking van interventies uit het repertoire van de mediator, toe te verleiden. Het hoofd van het bureau Mediation naast rechtspraak, Machteld Pel, maakte internationaal school als expert op het gebied van het met zachte hand verwijzen naar mediation.²⁶ Op deze manier werden rechters toch nog in contact gebracht met de paradigma’s van mediation.

23 ‘Dat doen we al lang zelf’ was dan ook een kenmerkende reactie van rechters bij de introductie van mediation. Manja Pach, een rechter die wel in het gerechtsgebouw ging mediaten, kreeg vervolgens de wind van voren: “Waarom doe jij niet gewoon je werk, in plaats van dat modieuze gedoe met die alternatieve geschillenbeslechting?” Zie: ‘Mediation in het bestuursrecht, het kan, het mag, en het werkt’, VAR-preadvies 2001, VAR-reeks 126, p. 103.

24 Lieke Coenraad en Peter Ingelse, ‘Afscheid van de klassieke procedure? Vernieuwen + behouden = versterken’, preadvies NJV 2017, p. 90.

25 Claire Mulder, a.w.

26 Machteld Pel, *Referral to mediation. A practical guide for an effective mediation proposal*, Den Haag: Sdu 2008.

Het aangewezen zijn op de vrije markt had ook voor de ontwikkeling van het mediationvak in Nederland verstrekken gevolgen. Er ontstond niet, zoals in andere landen, een tweedeling tussen de legal mediators voor de mediations in de juridische context en andere mediators voor conflicten buiten het recht. De mediators bleven bij elkaar.²⁷ De psychologen, die zich niet zonder grond beschouwden als de mediators *avant la lettre*, trokken hun handen niet van het vak af toen het de belangstelling van juristen en organisatieadviseurs ging trekken. In tegendeel. Zij waren gul met het delen van hun inzichten.²⁸ En de jurist-mediators toonden zich op hun beurt weer begerig naar de inzichten die hen op die manier werden aangereikt. Kortom: schoolvorming is goeddeels voorkomen, er is een typisch Nederlands mediationmodel ontstaan, met de faciliterende stijl als randvoorwaarde, en daarbinnen een grote vrijheid om het proces naar eigen inzicht vorm te geven. En met mediators die zich, ook door de PE-verplichting, breed vormden en inzichten oppikten uit verschillende stijlen en benaderingen. Dat mediation op verwijzing van de rechter kan plaatsvinden, is belangrijk voor de statuut van het beroep. Maar uiteindelijk heeft mediation zich in Nederland ontwikkeld tot een manier om problemen op te lossen voordat er een rechtszaak is, zelfs voor die rechtszaak dreigt, of zelfs voor problemen waarin niemand aan een rechtszaak denkt. En dat is precies waar mediation optimaal effectief is. Voor de kenner van het jargon: in het middensegment van de escalatietrapp van Glasl, de win-/loseconflicten (tegenstanders). Dit, terwijl de meeste rechtszaken zich in het derde segment bevinden (vijandschap). Van de 60.000 mediations die er in een jaar worden gedaan, zijn er 3.000 op verwijzing van de rechter.

Verschillen in paradigma's

Kunnen we eigenlijk nog spreken van alternatieve geschillenbeslechting? Juist door de afstand tussen het traditionele juridische domein en het zich nieuw vormende mediationdomein konden de verschillen tussen rechtspraak en mediation goed in kaart worden gebracht. Brenninkmeijer beschrijft de verschillende paradigma's (fundamentele uitgangspunten) in het *Handboek Mediation* als volgt:

-
- 27 Ook mediatend Nederland toonde zich uiteindelijk een polderland, niet zonder enige druk van buitenaf (Kamerlid Van der Steur, die de mediators invloed op zijn wetsontwerp gaf onder voorwaarde dat zij met een mond zouden spreken), maar ook door de visionaire oprichters van instituties als het Nederlands Mediation Instituut, later de Mediatorsfederatie Nederland en de Nederlandse Mediatorsvereniging, en ten slotte door de opleiders en publicisten die zich verheugden in de multidisciplinaire blik waartoe mediation verleidt.
 - 28 In dit verband verdient vooral Hugo Prein alle credits. Reeds in 1982 gepromoveerd op een proefschrift getiteld *Conflicthantering door een derde partij*, voegde hij zich in de redactie van het *Handboek Mediation*, en spande hij zich in om een instrument te ontwikkelen voor het assessment. Zijn invloed op de ontwikkeling van mediation als professie in Nederland is nauwelijks te overschatten.

Rechtspraak	Mediation
Openbaar	Besloten
Gedwongen	Vrijwillig
Kan bij verstek	Aanwezigheid van alle betrokkenen vereist
Gericht op rechtsgevolg	Gericht op meer dan alleen rechtsgevolg
Rechtsstatelijke waarborgen	Waarborgen in horizontaal contract
Uitkomst berust op oordeel van de rechter	Uitkomst berust op zelfbeschikking van partijen ²⁹

Het Utrechtse Montaignecentrum en het WODC hebben onlangs de rechtsstatelijke waarborgen van alternatieve vormen van geschilbeslechting onderzocht, dat wil zeggen: van arbitrage, bindend advies en mediation. Aangekomen bij mediation schrijven zij in hun rapport:

*[Er] “dienen twee paradigma’s tegenover elkaar te worden geplaatst. Het eerste is het paradigma van de waarborgen, dat de vormgeving van het stelsel van overheidsrechtspraak in hoge mate heeft bepaald en dat wordt gedomineerd door wetten en regels en formalisme. Dit heeft zowel bijgedragen aan de betrouwbaarheid van het stelsel en het vertrouwen van burgers in dat stelsel als aan de gebreken van het stelsel, zoals relatieve traagheid en kostbaarheid van procedures en een gebrek aan oplossend vermogen. Het tweede paradigma is dat van de autonomie en zelfbeschikking. Hierin staat de keuzevrijheid en zelfbeschikking van partijen centraal om zelf de vorm en inhoud te bepalen van de oplossing van hun geschil. Het is geen vanzelfsprekendheid dat dit een overheidsaangelegenheid is die regelgeving of toezicht vereist. Hier geldt dat evenals het partijen in beginsel vrijstaat om de overeenkomsten aan te gaan die zij verkiezen (contractsvrijheid), zij ook de beslechting of oplossing van hun geschil zelf kunnen vormgeven.”*³⁰

Ik vind dit belangrijke woorden, omdat hiermee in feite mediation uit de mal van alternatieve geschilbeslechting wordt gehaald, met als gevolg dat we haar niet langer op één lijn gaan stellen met arbitrage en bindend advies, waarvan de paradigma’s veel dichterbij die van rechtspraak blijven. Mediation wordt hier als het ware bevrijd van de juridische blik waarmee zij getoetst blijft worden aan de uitgangspunten van rechtspraak. Mediation is, kortom, gewoon iets anders dan rechtspraak, met andere fundamentele uitgangspunten. Kijk maar:

29 *Handboek Mediation*, p. 49. Het idee om in verschillen in paradigma’s te denken is mij aangereikt door Lenka Hora Adema.

30 *Universiteit Utrecht (Montaigne Centrum voor Rechtspleging en Conflictoplossing) en WODC, Rechtsstatelijke waarborging van buitengerechtelijke geschiloplossing*, 2017, p. 135.

Juridisch domein	Conflicthanteringsdomein
Bovenstroom	Onderstroom
Geschil	Conflict
Het dispuut	Het disputeren
Standpunten, argumenten	Belangen, drijfveren
Feiten en bewijs	Verhalen en perspectieven
Objectiviteit	Subjectiviteit
Strategische communicatie	Authentieke communicatie
Oplossing door juridisch gelijk	Oplossing door erkenning over en weer van verschillen
Gelijkheid en herhaalbaarheid	Maatwerk
Compromis	Win-winsituatie (<i>both gain</i>)
De werkelijkheid bestaat los van ons en onze kennis	Elke observatie en kennis is gekleurd door de waarnemer
De wereld is buiten en te kennen	De werkelijkheid bestaat niet, maar wordt gecreëerd door onszelf en anderen

Zoals gezegd: mediation is gewoon iets anders. Zeker buiten de juridische context richt mediation zich rechtstreeks op de onderstroom, op de verwijten die partijen elkaar maken, en op de boodschap die zij aan elkaar hebben, maar die zij, al ruziënd, niet van elkaar kunnen horen. Daar ligt de vredeachtende ambitie van mediation. In de beweging van ‘tegen elkaar’ naar ‘samen tegen het probleem.’ En je doet mediation tekort als je het blijft beschouwen als een soort ventweg langs de juridische hoofdroute. In de woorden van jurist-mediator Martin Brink: “Mediation heeft veel meer te bieden dan ‘in de schaduw van het recht’. Het is een instrument dat in staat is om in positieve zin tradities te transformeren, ideologieën te helpen vormen, paradigma’s en praktijken te veranderen, en de harten van mensen te raken op velerlei gebied.”³¹

Aanvaarding van mediationparadigma’s in het juridisch domein

Als mediation nu gewoon iets anders is dan recht, kun je je afvragen of de VU op de goede weg is door er op haar juridische faculteit een bijzondere leerstoel mediation op na te houden. Maar dat is ook weer te makkelijk. Recht en mediation verschillen, maar uiteindelijk dienen zij allebei de rechtsvrede: rechtmatige en rechtvaardige oplossingen.³²

³¹ Martin Brink, Mediation. ‘Don’t fix it if it isn’t broken’, *NJB* 2016, p. 2831 e.v.

³² Dineke de Groot, collega-bijzonder hoogleraar aan de VU, opende haar oratie hier in 2012 met het kernachtige statement: “Rechtspraak dient het publieke belang dat conflicten vreedzaam worden opgelost” (*Rechtspraak met hart voor de zaak*, oratie VU 2012).

Daar komt bij dat mediationparadigma's doorsijpelen in het juridisch domein. En dat zorgt weer voor nieuwe vragen.

Vorig jaar vergaderde de Nederlandse Juristenvereniging over het thema 'Afscheid van de klassieke procedure'. Kennelijk is het juridisch domein toe aan vernieuwing en aan afscheid van het oude. En wat blijkt? In alle drie de preadviezen wordt uitvoerig stilgestaan bij mediation. Kennelijk vervult mediation de rol van ijkpunt bij het ontwerpen van nieuwe procedures of geeft mediation een referentiekader dat beoefenaars van het recht helpt om te reflecteren op het eigene, het klassieke, het gekoesterde.³³

De NJV-preadviezen, en de prominente rol van mediation daarin, kwamen natuurlijk niet uit de lucht vallen. Zo komen de paradigma's van mediation al in 2012 terug in de genoemde oratie van Dineke de Groot.³⁴ Zij pleit voor een rechter die zijn of haar aandacht niet alleen richt op het voorliggende geschil, maar ook op de achterliggende belangen. Voor geschilbeslechting die voorziet in materiële en immateriële behoeften van de betrokken burgers. Zij onderkent ook dat rechters die zich met het onderliggende conflict gaan bezighouden veel moed moeten hebben, en veel niet-juridische kennis en vaardigheden. Het zo vreedzaam mogelijk oplossen van conflicten mag de rechter volgens De Groot niet overlaten aan op de markt opererende mediators. Een jaar later borduurde Verschoof hier in zijn oratie³⁵ op verder. In zijn waarneming doen rechters die procedurele rechtvaardigheid willen betrachten er goed aan om diep in de gereedschapstas van de mediator te duiken: het verschil onderkennen tussen conflict en geschil, psychologische belangen (behoeften, zorgen) zien als aanduiding van datgene waar het partijen echt om te doen is, het zien en horen van, en erkenning geven op de emoties van partijen, het kijken naar het conflictgedrag met een diagnostische blik, met behulp van het 7-I-model voor conflictdiagnose, en de al genoemde escalatietrap van Glasl. In zijn ogen is de faciliterende rechter die de regie over de inhoud aan partijen (terug)geeft vaak effectiever dan de beslissende rechter die de inhoud actief naar zich toetrekt. Een rechter die zijn aannames niet op partijen projecteert, maar die deze bij partijen toetst. Een rechter die de kern blootlegt van waar het partijen om gaat, waardoor partijen zich wezenlijk gehoord en gezien weten.

Deze gedachten zien we ook in de preadviezen van 2017 terug. Volgens Coenraad en Ingelse moet de rechter een breed georiënteerde conflictoplosser zijn, met aandacht

33 Een terzijde is hier trouwens op zijn plaats, om te voorkomen dat ik te veel eer zou vragen voor de rol van mediation in dit herijkingsproces. De gedachte om afscheid te nemen van de klassieke procedure wordt mede ingegeven door de ontwikkelingen rond de ICT en kunstmatige intelligentie, op grond waarvan te verwachten is dat de klassieke procedures binnen afzienbare tijd uit de markt zullen worden gedrongen door algoritmen. Waarover later meer als we het over de jurist van de toekomst gaan hebben.

34 Dineke de Groot, *Rechtspraak met hart voor de zaak*, oratie VU 2012.

35 R.J. Verschoof, *Waar gaat het over?*, oratie Universiteit Utrecht, 6 juni 2013 (Den Haag: Sdu Uitgevers).

voor de achterliggende belangen.³⁶ Zij bespreken onder andere de vraag of een rechter partijen naar hun emoties mag vragen indien dit kan bijdragen aan een duurzame oplossing. Zij beantwoorden deze vraag bevestigend: vooral familierechters horen in staat te zijn tot het aan de orde stellen van emoties.³⁷

Rechtspraak hoort bij te dragen aan de oplossing van onderliggende problemen van partijen en de samenleving. Rechtspraak moet relevant zijn, gezaghebbend, betekenisvol en behulpzaam voor rechtzoekenden. Diezelfde geest ademt het preadvies van Van Ettekoven en Marseille uit over het afscheid van de klassieke bestuursrechtelijke procedure.³⁸ Ook hier het begrippenapparaat uit het mediatorsvak: conflict en geschil, conflict diagnose. Ook deze auteurs aanvaarden moeiteloos dat achter een geschil over een besluit vermoedelijk een conflict schuilgaat. Naarmate het besluit minder met het conflict te maken heeft, is de uitspraak van de rechter van geringere betekenis voor de oplossing van dat conflict. Een bestuursrechter met een ruime taakopvatting dient de vaardigheid te hebben om te onderzoeken of achter het geschil over het besluit een verderstrekkend conflict schuilgaat, en zo ja, wat hij kan bijdragen aan de oplossing daarvan. We komen hier ook de zelfbeschikking, kernwaarde van mediation tegen: het conflict is en blijft van partijen. Het is uitgemond in een juridisch geschil voor de rechter. Het is aan partijen dat conflict op te lossen als zij dat wensen en er belang bij hebben, waarbij de rechter de helpende hand kan bieden.³⁹

Tot slot oriënteren ook de strafrechtelijke preadviseurs zich op mediation.⁴⁰ Zij signaleren dat het geobjectiveerde en afstandelijke karakter van de strafrechtprocedure onder druk is komen te staan, en zoeken aan de hand van de paradigma's van mediation naar een betekenisvol interveniëren. In dat kader past het op gang brengen van de communicatie, gericht op het duiden van het strafbare feit en de gevolgen daarvan, en het zo mogelijk redresseren van de schade. Die verkenning is dan uit te voeren door een onpartijdige derde, de mediator.

We kunnen vaststellen dat de rechtspraak mediation aanvankelijk op afstand heeft gehouden, waarna mediation zich vrijelijk, met haar eigen kijk op conflicten en

36 Het spreken over de werkelijke belangen, zoals de definitie van mediation in het *Handboek Mediation* doet, gaat de preadviseurs net een stap te ver, zij spreken zelfs van onnodig aanmatigend en moraliserend taalgebruik, zie a.w. p. 79. Zij lezen er de suggestie in dat partijen onnozel zijn, niet weten wat goed voor hen is, en dat de mediator hen – anders dan de rechter – wel zal helpen. Wat een spraakverwarring! Eerder toonde Franken een soortgelijke getergde reactie op het begrip “werkelijke belangen”: “Het idee dat je de werkelijke belangen van partijen zou kunnen achterhalen berust op een werkelijkheidsvreemd rationaliteitsconcept” (NJB 2005, blz. 1876). Zijn uitspraken hebben destijds geleid tot een studiedag, waaruit weer het boek van Pel en Emaus (red.): “Het belang van belangen”, Den Haag 2007 is voortgevloeid. .

37 A.w. p. 104.

38 Bart Jan van Ettekoven en Bert Marseille, ‘Afscheid van de klassieke procedure in het bestuursrecht?’, NJV-preadvies 2017. Deze auteurs betwijfelen overigens of de bestuursrechter die slag wel kan maken, en opperen dat de bestuursrechter zich, als partijen kiezen voor een oplossingsgerichte procedure, in de rechtszaal laat vergezellen door een mediator. Rechter en mediator worden dan samen verantwoordelijk voor de behandeling en de afdoening van de zaak.

39 P. 231.

40 Jan Crijs en Renée Kool, ‘Afscheid van de klassieke strafrechtelijke procedure?’, preadvies NJV 2017, p. 265 e.v.

geschillen, heeft kunnen ontwikkelen, en dat vervolgens de juridische instituties alsnog belang zijn gaan hechten aan die kijk.

Hoe is dat te duiden? Een sleutel kan worden gevonden in de bespreking van Marc Loth van de genoemde preadviezen in het *Nederlands Juristenblad* onder de titel: ‘Hoe responsief is het klassieke proces eigenlijk?’⁴¹ Volgens Loth is de probleemstelling van de Nederlandse Juristenvereniging ingegeven door het streven naar responsieve rechtspraak, dat wil zeggen: maatschappelijk effectieve rechtspraak (een streven dat de Raad voor de rechtspraak op de agenda heeft gezet). Het woord *responsiviteit* is gevallen, een woord dat eerder door Scheltema in het bestuursrechtelijk discours werd geïntroduceerd.⁴² Scheltema spreekt over de responsieve rechtsstaat als tegenstelling tot de bureaucratische rechtsstaat. Laat ons het begrip responsieve rechtsstaat nader bekijken.

De transformatie richting responsieve rechtsstaat

Onze democratische rechtsstaat is een kostbaar en kwetsbaar bezit. En zeker niet vanzelfsprekend. Niets bestaat voor eeuwig, en tegenwoordig begint door te dringen dat dit ook voor de democratische rechtsstaat zou kunnen gelden. Voor de zekerheid heeft de grondwetgever een begin gemaakt met het opnemen van een nieuw, aan artikel 1 voorafgaand artikel in de Grondwet, luidende: “De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat”. Voor het eerst hebben we een aparte minister voor rechtsbescherming. En de Raad voor de rechtspraak ontwerpt voor de zekerheid scenario’s voor bedreigingen zoals het ontstaan van een *democratuur* (vooropstellen van de natiestaat, waarbij samenwerking tussen landen niet meer vanzelfsprekend is en de internationale rechtsorde gemarginaliseerd wordt) of van een *versplinterde jungle* (waarin staatsmachten elkaars rol niet meer erkennen en elkaar gaan bevechten).⁴³ Wie zou vandaag de dag nog volhouden dat die bedreigingen louter fictief zijn?

Ik focus hier om wille van mijn betoog op het rechtsstaattedeelte van het begrip democratische rechtsstaat. De rechtsstaat functioneert zeker niet perfect. Volgens Brenninkmeijer is er zelfs sprake van een systeemfalen.⁴⁴ Dit moge zo zijn, en er is zeker geen aanleiding om erin te berusten, anderzijds: wie om zich heen kijkt in de wereld, of binnen de beperktere kring van de Raad van Europa, of zelfs in de nog beperktere kring van de Europese Unie, moet toch ook met een zekere trots naar onze rechtsstaat kunnen kijken: zij is niet perfect, maar veel beter is er niet. Zeker niet als het gaat om geschilbeslechting door de onafhankelijke rechter. De Nederlandse rechtspraak scoort in internationaal perspectief goed. Bovengemiddeld goed doen we het op het gebied van de duur van verschillende type rechtszaken, de beschikbare informatie voor het algemene publiek en de ondersteuning van mensen die zelf niet in staat zijn een rechtszaak te betalen (rechtsbijstand). Op het gebied van training voor rechters is

41 Marc Loth, ‘Hoe responsief is het klassieke proces (eigenlijk)?’, *NJB* 2017, p. 1510 e.v.

42 Scheltema, M. (2015), ‘Bureaucratische rechtsstaat of responsieve rechtsstaat?’, *NTB* afl. 9, p. 287-289.

43 Rapport ‘Verder bouwen aan het huis van de rechtsstaat’, 2017, kenbaar op www.rechtspraak.nl.

44 Oratie Universiteit Utrecht d.d. 20 april 2015, samengevat in *NJB* 2015, p. 1046 e.v.

Nederland zelfs Europees koploper. Nederland staat al een paar jaar op de vijfde plaats van de wereldwijde Rule of Law Index.⁴⁵

Een topklassering dus in de medaillespiegel van rechtsstatelijkheid. Hoe kan het dan toch dat in hetzelfde jaar waarin deze topklassering werd bereikt, een rapport van het Hague institute for innovation of Law (Hiil) kon verschijnen waarin met diezelfde Nederlandse rechtsstaat de vloer werd aangeveegd onder het motto ‘De rechtsstaat is er vooral voor juristen’?⁴⁶ De klacht is hier dat de rechtsstaat niet snel genoeg meebeweegt met de vraag naar simpele en oplossingsgerichte procedures. Problemen van gewone mensen moeten niet gejuridiseerd worden via het zogeheten toernooimodel. Het is contraproductief om burens, ouders of betrokkenen bij een noodlottig ongeval elkaar te laten bestoken met claims, beschuldigingen, ontkenningen en verweren. Dat is zelden de goede route naar een aanvaardbare waarheid, verwerking, erkenning, verantwoording, praktische oplossing of genoegdoening.

Het ziet ernaar uit dat we in Nederland weliswaar geen perfecte, maar toch een heel behoorlijke rechtsstaat hebben opgetuigd, maar dat deze, waar het gaat om geschilbeslechting en conflictoplossing, niet voorziet in de behoeften van de bewoners van die rechtsstaat. Misschien kun je ook wel zeggen: in de bovenstroom, in de systeemwereld van de instituties, daar is het wel in orde. Niet alleen deugden de regelingen, maar ook wordt er door de dienaren van de rechtsstaat, de rechters, de advocaten, de deurwaarders, hard, integer en met grote betrokkenheid gewerkt aan de verwezenlijking van die rechtsstaat.⁴⁷ Maar in de leefwereld van de gewone mensen bestaat kennelijk een onderstroom van onopgeloste conflicten die door de rechtsstatelijke instituties niet wordt geraakt. En het is hier waar het begrip *responsiviteit* ons kan helpen. Het voert ons naar een werk uit de jaren zeventig van de vorige eeuw van de Amerikaanse rechtssociologen Nonet en Selznick.⁴⁸ Zij beschrijven drie manieren waarop het recht zich tot de maatschappij kan verhouden: repressief recht, autonoom recht en responsief recht. Dit onderscheid bedoelen zij primair als een analytisch instrument waardoor rechtssystemen of onderdelen daarvan kritisch beschouwd kunnen worden. Daarnaast bedoelen zij een ontwikkelingsmodel te schetsen. Elk van de drie ideaaltypen heeft zijn eigen kracht, maar ook tekortkomingen. De tekortkomingen van elk type genereren een dynamiek die het recht van het ene type in de richting van het andere duwt.

In het repressieve recht is het recht een instrument van de politieke elite. Het is ondergeschikt aan het politieke systeem en primair een middel om gehoorzaamheid af te dwingen en om het gezag van de machthebbers te bekrachtigen. Dit gebruik van het recht roept uiteraard verzet op, en uit dit verzet vloeit het autonome recht voort. Daarin is het recht een volwaardige tegenhanger van de politiek. Het tegengaan van machtsmisbruik en onderdrukking is hier een belangrijke functie van het recht. Hier

45 Bron: informatie bij de Dag van de rechtspraak d.d. 28 september 2017 op www.rechtspraak.nl.

46 ‘Rechtsstaat is er vooral voor juristen’, samenvatting van het Hiil-rapport ‘Menselijk en rechtvaardig’, *NJB* 2017, p. 1370 e.v.

47 Dat heeft ook te gelden voor de advocatuur: “De belangrijkste opdracht aan de gehele juridische discipline is bijdragen aan het goed functioneren van de democratische rechtsstaat”, Willem Bekkers, ‘Juristen, in het bijzonder advocaten, profijtelijk voor de samenleving en de burger?’, *NJB* 2017, p. 2241 e.v.

48 Nonet and Selznick, *Law and society in transition*, Transaction Publishers 2009, met een voorwoord van A. Kagan.

heerst de *rule of law*. Regels en procedures nemen in het autonome recht een centrale positie in. Ook deze positionering van het recht roept verzet op, namelijk wanneer de toepassing van recht en regelgeving te veel losgezongen raakt van de effecten die daarmee worden beoogd. De regels worden dan weliswaar keurig nageleefd, maar de uitkomst wordt toch niet als rechtvaardig beschouwd. Zo ontstaat het verlangen naar responsief recht, waarin geen genoegen meer wordt genomen met rechtmatigheid, maar waarin rechtvaardigheid de maatstaf is waaraan de legitimiteit van het recht wordt afgemeten. Zijn recht en samenleving in de autonome rechtsopvatting strikt van elkaar gescheiden, in het responsieve recht raken zij tot op zekere hoogte weer met elkaar verweven. Het enkel toepassen van regels en procedures is niet meer toereikend voor het verwerven van gezag. Daarvoor is nodig dat tot oplossingen wordt gekomen die als rechtvaardig kunnen worden aanvaard.⁴⁹

Dit concept verklaart de waarde die wij enerzijds aan onze rechtsstaat hechten: het concept van de autonome rechtsstaat is bevochten op 'het recht van de sterkste'. En dat concept belichaamt nog steeds een belangrijke waarde. In dit land kun je, als je daartoe de middelen bij elkaar weet te brengen, elk geschil voorleggen aan de onafhankelijke rechter. Die doet recht op basis van het democratisch tot stand gekomen recht. En zijn vonnis wordt ten uitvoer gelegd met behulp van de sterke arm van politie en justitie. Het recht waait niet mee met de wind van de macht, en ook niet met die van de tegenmacht. De spanning tussen macht en tegenmacht wordt geacht in de regels te zijn uitgebalanceerd en die regels worden toegepast. Wie kritiek heeft op de regels wordt vriendelijk maar beslist naar het politieke domein verwezen. De autonome rechtsstaat. Waardevol? Nee: essentieel voor het beteugelen van de macht, en daarmee ook voor het legitimeren van die macht. Maar helaas, de juridisering van het recht ligt op de loer, en we mogen de hartenkreet van HiiL misschien wel zo begrijpen, dat die juridisering is doorgeslagen. Een roep om responsief recht.

Responsiviteit. Wat bedoelen we daar precies mee? Nonet en Selznick geven het antwoord niet. Het woord responsiviteit is bekend in de organisatiekunde en staat daar voor een wederzijdse bereikbaarheid.⁵⁰ Bij de uitoefening van macht of de toepassing van regels gaat de machtige, of de uitvoerder van de regels, niet autonoom uit van zijn eigen denkbeelden over wat goed is of rechtmatig, maar hij gaat de dialoog aan met degene over wie hij macht uitoefent c.q. jegens wie hij regels toepast. En dat is dan geen gesprek op standpuntniveau, maar op behoefteniveau. De instelling is: *bij de uitoefening van mijn macht of bij de uitvoering van de regels wil ik rekening houden met uw belangen en behoeften, zoals u die ziet. Daarom ga ik eerst naar u luisteren voordat ik beslis*. Het gaat bij responsiviteit dus om de manier waarop macht wordt uitgeoefend. Niet autonoom, top-down, maar in dialoog.⁵¹ Met het responsief toepassen van macht houdt de sociale psychologie zich uitdrukkelijk bezig via het leerstuk van procedurele rechtvaardigheid. En het zal dan ook geen toeval zijn dat dat leerstuk, ontwikkeld in de jaren 70

49 Terzijde: degenen met een mediationopleiding zullen in deze drieslag wellicht het concept van conflictoplossing op basis van macht, recht en belangen herkennen.

50 Zie het overzicht van J. Kampen in: *Verwaarloosde organisaties. Introductie van een nieuw concept voor organisatieprofessionals*, Deventer: Kluwer/Vakmedianet, 2014 (derde gewijzigde druk), p. 17-18.

51 Regeltoepassing reken ik hier ook tot een vorm van machtsuitoefening. Macht heet dan meestal bevoegdheid.

van de vorige eeuw, zich juist nu in een grote belangstelling mag verheugen. In het Nederlandse discours in de 21^{ste} eeuw geldt, sinds de dissertatie van Suzan Verberk,⁵² probleemoplossende rechtspraak waarin rekening wordt gehouden met achterliggende belangen als een belangrijk element van responsiviteit.

We kunnen nu ook de opkomst van mediation duiden, en met name de onrust die die opkomst aanvankelijk in het juridisch domein heeft veroorzaakt. Mediation heeft onderdeel uitgemaakt van het verzet tegen de doorgeslagen juridisering van de autonome rechtsstaat, heeft op die manier weerstand gewekt bij de instituties van de autonome rechtsstaat, en wordt weer omarmd nu die instituties gehoor geven aan de roep om responsiviteit. Tot op zekere hoogte natuurlijk. Dienaren van de rechtsstaat die de responsiviteit omarmen, benadrukken vrijwel steeds de noodzaak om vast te houden aan de waarden van de autonome rechtsstaat.⁵³ Uiteraard wordt daarbij ook wel de positie ingenomen dat de weg naar meer oplossingsgerichtheid überhaupt niet moet worden ingeslagen.⁵⁴ Maar daartegenover wordt ook betoogd dat juist de dominantie van regels de rechtsstaat ondermijnt. In dit betoog is de rechtsstaat verworpen tot regelstaat. Regelverslaving verzwakt echter de rechtsstaat: juist in het *lawyers paradise* geldt het recht van de sterkste.⁵⁵

Samengevat: de rechtsstaat is een kostbaar en kwetsbaar bezit, daar moeten we geen gekke dingen mee doen; tegelijkertijd lijkt hij overgejuridiseerd te zijn, en dient hij tegemoet te komen aan het verlangen naar eenvoudige en oplossingsgerichte procedures waarin de kern van de zaak wordt geraakt. Autonoom en responsief, rechtmatig en rechtvaardig, aandacht voor de bovenstroom en de onderstroom.

Toernooimodel

Tegen deze achtergrond beschouw ik dan de actuele vraag of het per se nodig is dat partijen in juridische procedures lijnrecht tegenover elkaar staan, waardoor die procedures extra escalerend werken op het conflict. Kunnen we nieuwe, verbindende procedures bedenken? Die zoektocht is vooral urgent in het familierecht, waar de escalerende werking van de juridische procedures eraan bijdraagt dat kinderen in de knel komen of blijven. In het rapport waaraan doorgaans de naam van Rouvoet wordt verbonden,⁵⁶ wordt dan ook voorgesteld om te blijven zoeken naar een op de-escalatie gerichte rechtsgang waarin behoeften centraal staan.

Coenraad en Ingelse zijn sceptisch. In hun ogen is het toernooimodel verbonden aan het beginsel van hoor en wederhoor, een van de basisprincipes van goede rechtspraak.

52 S. Verberk, *Probleemoplossend strafrecht en het ideaal van responsieve rechtspraak*, Den Haag: Sdu, 2011.

53 Zo reeds Nonet en Selznick zelf, die benadrukken dat legaliteit ook in het responsieve recht een belangrijke waarde blijft. En ook Loth in a.w. p. 1517: "Het streven naar responsiviteit vindt zijn grens in de waarborgfunctie die het recht biedt". Zo ook Solke Munnike, *Afscheid van de wetgever. Over maatwerk, experimenten en enige andere ongemakken*, oratie RUG 2017.

54 Zo benadrukt Albert Klijn dat rechtspraak geen dienstverlening, maar gekanaliseerde staatsdwang is. En dat moet het in zijn ogen ook blijven, anders gaat het recht van de sterkste weer gelden.

55 Stavros Zouridis, Wubbo Wierenga en Bert Niemeijer, 'De rechtsstaat: van sluitpost naar "Leitmotiv"', *NJB* 2016, p. 1337 e.v.

56 Platform 'Scheiden zonder Schade': Scheiden, en de kinderen dan? Agenda voor actie, februari 2018.

Zolang dat principe geldt, is het toernooimodel onvermijdelijk. Het is bovendien een teken van beschaving dat partijen zich zowel schriftelijk als mondeling, onder regie van de rechter, mogen uitlaten over de kwestie die hen verdeeld houdt.⁵⁷

Laat ons het toernooimodel eens nader beschouwen. In een zorgvuldige en eerlijke procedure ten overstaan van de rechter (een 'procedure op tegenspraak') neemt het beginsel van hoor en wederhoor inderdaad een essentiële plaats in. En het is inderdaad een teken van beschaving dat het juridische toernooi ten overstaan van de rechter in de plaats wordt gesteld van de hoog ge-escaleerde strijd op leven en dood tussen burgers. Er vloeit in elk geval minder bloed bij. In plaats van elkaar fysiek te lijf te gaan, dagen we elkaar voor de rechter. Binnen de juridische paradigma's, die uiteindelijk verbonden zijn met de rechtsstaat, is het toernooimodel dus inderdaad onvermijdelijk.

En soms is zelfs een hoge graad van juridisering onvermijdelijk, of een hoge graad van conflictescalatie. Rancune, bitterheid, vijandschap, haat, wraakzucht en vechtlust, het is er nu eenmaal allemaal, en we kunnen het bestaan van juridische procedures waarin de twist centraal staat, en niet de verbinding, niet in alle gevallen daarvoor verantwoordelijk stellen. Maar we kunnen wel mechanismen inbouwen waardoor alle betrokken professionals zoveel mogelijk met partijen reflecteren op de vraag of zij met het disputeren nog op de goede weg zijn.

Het woord toernooi, intussen, wekt de associatie met een spel. De bittere strijd op leven en dood wordt, om eigenrichting te voorkomen, vervangen door een spel, met spelregels. Het juridische steekspel. Maar de vijandige gevoelens over en weer blijven uiteraard een rol spelen. En wat gebeurt er als individuen of instanties gedwongen worden zich aan de spelregels te houden, *fair play* te spelen, terwijl zij elkaar in wezen naar het leven staan? Zij zullen binnen de kaders van die spelregels alles uit de kast halen om de ander in het steekspel te treffen. Boven de gordel of, als het conflict maar voldoende geëscaleerd is, daaronder. Terwijl dit plaatsvindt, raakt de kern van de zaak steeds verder uit beeld. Uiteindelijk gaat het partijen en hun rechtsbijstandsverleners er, zoals in een spel, uitsluitend nog om van de ander te winnen, of nog erger, de ander te laten verliezen. Zo niet de hele strijd, dan toch af en toe een slag.

Het juridische steekspel is, kortom, een voortzetting van het basale welles-nietes waaruit elk geschil bestaat, met juridische middelen. Actie, reactie, en zo alsmaar verder. Een destructief spel in gevallen waarin de emotionele onderstroom groot is. Het woord rechtstrijd duidt dit beter aan dan het woord steekspel. Professionals kunnen het spelelement er wel van inzien, en er zelfs ook wel van genieten. Maar voor de rechtszoekenden is het letterlijk bittere ernst! Binnen de juridische paradigma's is het lastig hier remedies voor te verzinnen.

Kunnen de sociaalpsychologische inzichten die ten grondslag liggen aan mediation hier iets betekenen? Ik denk van wel. Iedere mediator weet dat als je partijen steeds maar op elkaars stellingen laat reageren, de strijd escaleert. Een groot deel van de inspanningen van een mediator is er nu juist op gericht om het destructieve spel van actie en reactie te onderbreken. Hoe? Het antwoord kwam al een paar keer voorbij: door beide partijen hun verhaal te laten vertellen en bloot te leggen waar het hen in de kern om te doen is.

57 A.w. p. 19.

In het juridisch domein is men niet blind voor de escalerende werking van een ongebreideld actie-reactiepatroon in rechte. In de loop van deze eeuw zijn er ook al belangrijke stappen gezet om het steekspelaspect van rechtszaken kleiner te maken. Zo is er, in civiele handelszaken, de verplichte comparitie na antwoord gekomen, waarop de rechter bij voorkeur niet met de advocaten, maar met de betrokkenen zelf communiceert, en waarop de betrokkenen verplicht zijn naar waarheid te antwoorden op vragen. Dit doorbreekt al heel wat van de escalerende stukkenwisseling, van het tegen de borst houden van de kaarten, en het zeer escalerende ontkennen wat door de ander gesteld wordt, met als oogmerk de ander de bewijslast in de maag te splitsen. Er zijn nieuwe modellen van zitting houden ontworpen, waaronder de conflictdiagnosezitting in het civiele recht en het bestuursrecht. In dat model wordt gepoogd al meteen aan het begin van de zitting een de-escalatie te bewerkstelligen door aan beide partijen te vragen wat er voor hen op het spel staat. Meteen de onderstroom naar boven halen dus.⁵⁸ En het coachmatrixmodel, waaraan de naam van Van Leuven is verbonden, waarmee vooral in het familierecht wordt gewerkt. Een model waarin apart ruimte wordt gemaakt voor de onderliggende belangen en emoties, voor het formuleren van gezamenlijke doelen en voor het ontwerpen van een plan van aanpak.⁵⁹ Blijkt in dat model gaandeweg de zitting dat partijen nog met elkaar in gesprek moeten, bijvoorbeeld omdat de scheidingsmelding nog niet op een goede manier is gedaan of verwerkt, dan wordt tussendoor naar mediation verwezen. Intussen worden de advocaten in de positie gezet van juridisch adviseurs die meewerken aan het verwezenlijken van het plan van aanpak. In plaats van degenen die de dynamiek van aanvallen en verdedigen⁶⁰ onderhouden. Er is het GOO-project bij de Rechtbank Amsterdam waarin partijen met hun advocaten van tevoren hun commitment kunnen uitspreken aan het zoeken naar een minnelijke regeling op basis van de onderliggende belangen. Spreken zij dat commitment uit, dan wordt er meer tijd voor de zitting uitgetrokken, en wordt de zaak toebedeeld aan een rechter die daarvoor, van mediators, een speciale training heeft ontvangen.⁶¹ Interessant is ook het experiment van de spreekuurrechter bij de Rechtbank Noord-Nederland. Een korte, maar niettemin volwaardige juridische procedure, die lijkt op het format van de rijdende rechter. De nadruk ligt op de mondelinge behandeling; bij de evaluatie wordt zelfs de vraag opgeworpen of het (escalerende) stadium van een stukkenwisseling vooraf wel altijd nodig is. Uitgangspunt is dat, als men eenmaal de moeilijke keuze heeft gemaakt om naar de rechter te gaan, voor vrijwel iedereen geldt dat men zijn rechter wil spreken. Een rechter die eerst luistert, samenvat en doorvraagt, geduld betracht en daarna gaat meedenken en zo nodig richting gaat geven. Een rechter die goed is in de omgang met emoties en belangen, maar ook deskundig

58 Aandacht voor de onderliggende belangen blijkt inderdaad de-escalierend en legitimerend te werken, naar blijkt uit onderzoek. Zie Allewijn, 'Het rapport "De praktijk van de nieuwe zaaksbehandeling". Een stap in de richting van responsieve bestuursrechtspraak?', *NTB* 2016, p. 222 e.v. Het openen van de zitting met de belangenvraag is echter voor veel bestuursrechters een stap te ver. Zie Klaske de Jong, 'Geen sfinx te zien', *NTB* 2018, p. 66 e.v.

59 Coenraad en Ingelse, a.w. p. 103 e.v. Ook hier het verschijnsel dat rechters niet in elke zaak dat hele model plegen te doorlopen, maar elementen uit het model inpassen in hun manier van zitting houden.

60 Van Leuven, 'Zet de gezinsadvocaat aan het werk', *TC* 2017, nr. 6, p. 27 e.v.

61 Website www.rechtspraak.nl.

is, uitleg geeft of een welgemeend advies. Ironisch genoeg neemt de geestelijk vader van dit experiment, Ton Lennaerts, waar dat juist het vermijden van het strijdperk bijdraagt aan de mate van rechtvaardigheid die men ervaart.⁶²

Slotom over het toernooimodel: het toernooimodel is het rechtsstatelijk alternatief voor de strijd op leven en dood. Het is gebaseerd op het belangrijke beginsel van hoor en wederhoor. Het is voor juridische professionals een vanzelfsprekendheid. In de rechtsstaat moet iedereen die dat wil volgens het toernooimodel kunnen procederen. Voor handelszaken, waarin de juridische professionals de regie hebben, is het een bruikbaar model. Voor individuen die met elkaar op voet van oorlog verkeren, is het waarschijnlijk een onontkoombaar model. Het in banen leiden van agressie, dat is een wezenlijke functie van rechtspraak volgens het toernooimodel.

Maar voor iedereen die wel het oordeel van de rechter wil, maar weg wil blijven uit het actie-reactiepatroon van het schriftelijk procederen, is het juridisch toernooi geen goede respons. Voor hen moet er een goed alternatief zijn. Mediation is zo'n alternatief, maar de responsieve rechtsstaat moet als alternatief voor mediation ook een snelle, toegankelijke en op de-escalatie gerichte procedure bieden die kan uitlopen op een volwaardige rechterlijke uitspraak. Bij het ontwerpen van die procedure kunnen de inzichten van het mediationvak van grote betekenis zijn.

Wat rechters van mediators kunnen leren

Met een andere opzet van de procedure, en met name van de zitting, kan de door Hiil en Rouvoet gezochte de-escalerende rechtsgang worden gecreëerd. Daarbij hoeft je het rechtsstatelijke principe van hoor en wederhoor niet aan te tasten, je kunt wel de prikkels wegnemen die partijen ertoe aanzetten om van dat recht alsmaar gebruik te blijven maken. Vrijwel alle rechters die in de genoemde projecten deelnemen, laten zich trainen door mediators. Mediators spelen ook een belangrijke rol in de opleiding van nieuwe rechters en advocaten. Kortom: het rechterlijk domein is op weg naar meer responsiviteit. De rol die mediators in deze ontwikkeling spelen is groot. Enkele lessen vanuit het mediationvak voor juridische professionals die op weg zijn naar meer responsiviteit:

- Stel je oordeel uit, handel in de verkenningsfase van de zitting als neutraal gespreksleider (met andere woorden: luister eerst voordat je gaat beïnvloeden).
- Rechters: praat met de rechtzoekenden zelf en eer hun juridisch adviseurs in hun hoedanigheid van vertrouwenspersoon (*trusted advisor*).
- Wees niet bang voor emoties, maar verwelkom ze juist. Zij wijzen de weg naar wat er wezenlijk op het spel staat. Een genegeerde emotie blijft opspelen.
- Zie af van het gebruik van het woord vechtscheiding, het zet mensen juist in een hoek waar je ze uit wilt hebben. En zie vechtende ouders, die al vechtend hun kind beschadigen, niet als daders, maar als mensen in crisis, die zich machteloos en angstig voelen, en dus behoefte hebben aan empowerment en geruststelling.

62 Ton Lennaerts, 'De spreekuurrechter', *NJB* 2016, p. 596 e.v. en Ton Lennaerts, 'De proef (met een) Spreekuurrechter', *NJB* 2017, p. 2936 e.v.

- Herformuleer de warme conflicttaal naar bruikbare termen voor een minnelijke oplossing of een rechterlijke uitspraak. Op deze manier schakel je tussen de onderstroom en de bovenstroom.⁶³
- Faseer het proces. Eerst de verhalen, de perspectieven, pas later de keuze over de meest geëigende oplossingsrichting.
- Reflecteer op je eigen gedrag en helder de blinde vlekken op in systematische interview.

Hoe het komt dat mediators hier beter in zijn dan rechters? Het is de factor *macht*. Mediators moeten gedurende het hele proces het vertrouwen van hun cliënten behouden, zij hebben geen machtsmiddelen. Dat betekent dat zij het gedrag van hun cliënten rechtstreeks ervaren als feedback op hun eigen handelen. Bij rechters ligt dat anders: het vooruitzicht dat de rechter over de zaak gaat beslissen, maakt dat partijen niet meteen blij zullen geven van vertrouwensverlies. Toch zullen de meeste rechters de ambitie hebben om het vertrouwen van beide partijen te behouden c.q. te winnen. Dus is het belangrijk om te weten op welke manier hun gedrag invloed heeft op het gedrag van degenen die zij voor zich hebben, partijen, wederpartijen, rechtszoekenden.

De jurist van de toekomst

Ik heb mij tot nu toe vooral gericht op de rol van rechters en de behoefte aan de-escalerende, oplossingsgerichte juridische procedures. Had ik meer tijd, dan zou ik mij richten tot alle juridische professionals. Want zij allen zijn nodig om de transformatie naar meer responsiviteit van die rechtsstaat goed te doorstaan. Advocaten geven vorm aan het toernooimodel,⁶⁴ terwijl zij ook wel weten dat een proces volgens dat model niet helpt om duurzaam conflicten op te lossen. Ook advocaten zullen zich daarom moeten omvormen tot conflictcoaches die met hun cliënten kunnen schakelen tussen de onderstroom en bovenstroom.⁶⁵ Inlevingsvermogen en cliëntgerichtheid lijken daar sleutelbegrippen te zijn.⁶⁶ Is dat niet soft? Ja, dat is soft. Het juristenvak wat zachter maken, daar knapt dat vak van op. Er is al zoveel hardheid in de wereld.

Tijd dus voor juridische faculteiten om te werken aan de jurist van de toekomst. Dat moet trouwens toch gebeuren want de jurist zoals we die nu kennen, lijkt zijn tijd te hebben gehad: binnen afzienbare tijd zullen de algoritmen de corebusiness van juristen, het oplossen van juridische casusposities en het opstellen van juridische documenten,

63 Zie ook F. Elbersen, 'Maak van elke rechter een rijdende rechter', *Trema*, november 2017.

64 Volgens onderzoek is de processtrategie vooral in handen van de advocaat. Zelfs de beslissing om al dan niet tot een schikking toe te treden, wordt altijd nog in 25% van de gevallen door de advocaat genomen. Zie Tom van Amsterdam, 'Wie betaalt, die bepaalt, of toch niet?', *NJB* 2016, p. 2911 e.v.

65 Willem Bekkers, 'Juristen, in het bijzonder advocaten, profijtelijk voor de samenleving en de burger?', *NJB* 2017, p. 2241 e.v.

66 S. Drooglever Fortuyn, 'Van jiu-jitsu-jurist tot all-round adviseur: het diverse nieuwe leren', *Advocatenblad* 2016, nr. 5.

gaan overnemen.⁶⁷ Ook dat leidt ertoe dat de jurist van de toekomst het moet hebben van zijn of haar reflectieve vermogens en soft skills. In de woorden van Coenraad en Akkermans:

*“Van juristen wordt in toenemende mate een moderne rol als proactieve probleem-oplosser verwacht, waarbij niet alleen juridische kennis en vaardigheden, maar ook andere competenties en creativiteit noodzakelijk zijn. Denk aan de jurist als mediator, de maatschappelijke effectieve rechter, de rechter als regierechter, conflictoplosser en verwijzer, de advocaat als conflictanalist, procesbegeleider en onderhandelaar, en de responsieve en oplossingsgerichte gemeenteambtenaar.”*⁶⁸

De mediator van de toekomst

Waar blijft in de responsieve rechtsstaat de mediator? Wordt het werk hem uit handen getrokken door responsieve rechtsstatelijke instituties? Dat lijkt me niet aannemelijk. Ook een responsieve rechtsgang is nog altijd een rechtsgang. Zaken tijdig *down* spelen blijft een belang van bijna iedereen die in conflict is geraakt. De oplossing in eigen hand willen houden ook. Sommige mensen bespreken hun conflicten nu eenmaal liever bij Bert van Leeuwen⁶⁹ (maar dan in beslotenheid) dan bij mr. Visser of mr. Reid⁷⁰. En: veel problemen zijn nu eenmaal niet echt oplosbaar via het juridische denken.⁷¹ Voor mediation is het alleen maar goed als zich een goed toegankelijke, laagdrempelige rechtspraak naast de mediator voegt. Alleen in een goed functionerende rechtsstaat met goede toegankelijke rechtspraak leidt mediation tot rechtvaardige oplossingen. Zonder het recht als alternatief geldt het recht van de sterkste zowel buiten als in mediation. En alleen bij goede toegankelijke rechtspraak is mediation pas echt vrijwillig.

Slot

Bruggen bouwen tussen recht en mediation, op zoek naar *the best of both worlds*. Een mooie taak voor iemand als ik, die in beide domeinen met hartstocht heeft gewerkt en beschouwd. *The best of both worlds*: dat is een rechtmatige oplossing van conflicten die door beide partijen als rechtvaardig kan worden aanvaard. Zodat de kans op rancune in de onderstroom beperkt wordt gehouden. Dat dient niet alleen het recht, maar ook de vrede.

67 Nora van Oostrom-Streep, “A wounded deer leaps the highest”. Een visie op digitale en maatschappelijke ontwikkelingen en de toekomst van de juridische beroepen, *NJB* 2016, p. 3028 e.v. Bart Custers en Frans Leeuw, ‘Legal big data, toepassingen voor de rechtspraak en juridisch onderzoek’, *NJB* 2017, p. 2449 e.v.

68 Arno Akkermans en Lieke Coenraad, ‘Innovatie in het juridisch onderwijs’, *TC* 2017, nr. 5, p. 23. Zie ook, met de nadruk op reflectieve vermogens en empathie: Van Klink, De Vries en Bleeker, ‘Recht in context. Naar een brede academische vorming van juristen’, *NJB* 2017, p. 916 e.v.

69 Tv-programma *Het Familiediner*.

70 De rijdende tv-rechters.

71 Iris van Domselaar, ‘Tragische zaken in het recht. Een pleidooi voor tragiek-responsieve rechtspraak’, *NJB* 2017, p. 3208 e.v.

Tot slot wil ik dank betuigen aan het college van bestuur van de VU en het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, aan het Centrum voor Conflicthantering en aan de Mediatorsfederatie Nederland voor de instelling van deze bijzondere leerstoel en voor mijn benoeming daarop als eerste ‘mediationprofessor’ in Nederland.

Het Centrum voor Conflicthantering, waar ik in 1998 het mediationvak geleerd heb van mijn opleiders Marga Schreuder, Nicolette Bremerkamp en de betreurde Ali Hanekroot. En waar ik sindsdien als trainer heb mogen werken. Linda Reijerkerk, de huidige directeur van dit centrum, mijn complimenten voor de vasthoudendheid waarmee je aan de vestiging van de leerstoel hebt gewerkt. Ik hoop dat je met mijn activiteiten op de leerstoel kunt zeggen dat je er hebt van je werk.

De voorzitter van de Mediatorsfederatie Nederland, Maarten de Haas, kon er vandaag niet bij zijn, maar de vertegenwoordiging van de federatie, naast Judith Emaus bestaande uit voorzitters van verschillende mediatorsverenigingen, laat zien hoe succesvol de missie is om de boel bij elkaar te houden. Ik hoop door mijn activiteiten als mediation-professor bij te dragen aan die missie.

En de VU. In het bijzonder de mensen van de VU. Andrea Zwart en Gaby Madiredjo, dank voor jullie meer dan toeschietelijke begeleiding van mijn eerste stappen in deze voor mij onwennige wereld. Arno Akkermans, Dineke de Groot en Lieke Coenraad, dank jullie wel voor jullie inspirerend meedenken over mijn missie op deze leerstoel, en Lieke, jij extra bedankt voor de elegante manier waarop je mij ‘in positie zet’ als bijzonder hoogleraar.

Familieleden en vrienden, dank jullie wel voor de liefde en de vriendschap waarmee jullie mijn lief en leed met mij delen, en dus ook weer deze feestelijke dag. Met een speciaal woord voor mijn moeder: wat geweldig dat je ook hier nog weer bij kunt zijn. Op naar de volgende horizon!

Ik heb gezegd.

Waarom een Leerstoel Mediation?

De Bijzondere Leerstoel Mediation aan de VU is ingesteld door het Centrum voor Conflicthantering (CvC) en de Mediatorsfederatie Nederland (MfN) bij de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit.

Beide instellende organisaties stonden aan de wieg van Mediation in Nederland; CvC als een van de eerste in Nederland met de opleiding tot professioneel mediator in 1993; MfN als opvolger van het NMI, platform voor samenwerking tussen de mediatorsverenigingen en houder van het kwaliteitsregister voor mediators.

Waarom zouden we een leerstoel mediation willen instellen en bekostigen? De belangrijkste reden is dat wij hopen dat een dergelijke leerstoel:

- mediation op een hoger plan zal brengen en innovatie zal stimuleren;
- mediation meer smool geeft;
- een brug zal slaan tussen de mediators van verschillende achtergronden: juristen, psychologen, sociologen, et cetera. Ook al is de leerstoel gevestigd aan een Faculteit Rechten.

Het CvC is al een aantal jaren betrokken bij de VU: de laatste vijf jaar heeft het CvC een aantal keren een keuzevak Conflicthantering, Mediation en Onderhandeling (CMO) gegeven aan de studenten van de Faculteit van de Vrije Universiteit. Dit heeft bijgedragen aan een Afstudeerrichting CMO. In het kader van innovatie en verdiepend onderzoek heeft het CvC in de afgelopen jaren de vestiging van een bijzondere leerstoel Mediation gestimuleerd. Het CvC heeft een warme band met verschillende universiteiten in binnen- en buitenland, onder andere door de jaarlijkse organisatie van de ICC Mediation Competition, een mediationcompetitie waar studententeams van – inmiddels alle – universiteiten aan deelnemen en ervaren mediators nieuwe generaties kunnen inspireren. In de MfN zijn de landelijke verenigingen van mediators verenigd (NMv, vFas, VMO, MVN, NvvMA en NIP sectie mediation). De MfN en de aangesloten verenigingen bevorderen het gebruik van mediation en beijveren zich voor nieuwe ontwikkelingen op het vakgebied; het stimuleren van onderwijs en onderzoek behoort uitdrukkelijk tot deze doelstelling. De MfN verwacht dat de instelling van de bijzondere leerstoel een belangrijke stimulans kan zijn voor deze ontwikkelingen.

MfN en CvC zullen de contacten tussen universiteiten en de beroepspraktijk van mediators faciliteren. Dat gaan we doen door de uitwisseling van informatie, kennis en contacten die bij de MfN en de aangesloten verenigingen aanwezig zijn en het academische netwerk van het CvC. Het MfN kan daarnaast ook een podium bieden, bijvoorbeeld via het jaarlijkse Mediationcongres.

Ten slotte: voor de VU onderstreept de leerstoel – naast het voorgaande – de ontwikkelingen die zij ziet voor de toekomstige generatie juristen. Daarin staan naast het juridisch handwerk ook andere vaardigheden centraal (denk aan de ontwikkelingen rond de T-shaped lawyer). Dit is ook de reden dat de VU een postdoctorale opleiding heeft ontwikkeld waarin dit uitvoerig aandacht krijgt.

Al met al denken wij dat de nieuwe leerstoel Mediation een positieve impuls zal geven aan mediation, waar de gehele beroepsgroep en de maatschappij uiteindelijk profijt van zullen hebben.

Maarten de Haas, voorzitter MfN

Linda Reijerkerk, directeur en mediator

Centrum voor Conflicthantering www.cvc.nl

Tussen recht en vrede

Mediation in de responsieve rechtsstaat

Mediation heeft haar plek gevonden in het juridisch domein. Nu wordt het tijd mediation niet meer door de juridische bril te bekijken, maar haar te beschouwen als een zelfstandige methode om conflicten en geschillen tot een einde te brengen. In welke relatie staan recht en mediation tot elkaar, welke boodschap hebben zij aan elkaar?

Mediation speelt een belangrijke rol in de transformatie van de autonome rechtsstaat naar de responsieve rechtsstaat. In een responsieve rechtsstaat wordt bij de uitoefening van bevoegdheden niet alleen naar de regels gekeken, maar ook naar de belangen die aan de verschillende kanten spelen.

De jurist van de toekomst kan van mediators leren om beter om te gaan met de escalerende werking van rechtspraak volgens het zogeheten toernooimodel. Mediators kunnen van juristen leren de rechtsstaatsgedachte op waarde te schatten, ook als zij met de juridiserende uitwassen daarvan te maken krijgen.

Zo worden conflicten en geschillen afgesloten op een manier die niet alleen rechtmatig is, maar die ook door de betrokkenen als rechtvaardig kan worden aanvaard. Daarmee is niet alleen het recht, maar ook de vrede gediend.

Deze rede werd in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder hoogleraar Mediation aan de juridische faculteit van de Vrije Universiteit Amsterdam.

De bijzondere leerstoel Mediation is ingesteld door de Mediatorsfederatie Nederland en het Centrum voor Conflicthantering.

sdu.nl

ISBN 978-90-124023-9-2



9 789012 402392 >

